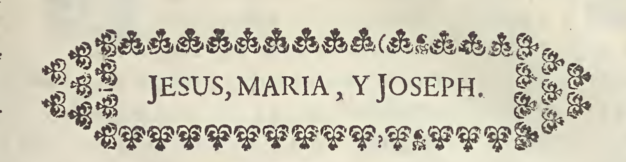


JESUS, MARIA, Y JOSEPH.

DEFENSA JURIDICA, QUE POR PARTE DE LOS DIPUTADOS DE LAS TRES CLASSES DE ACREHEDORES

DE LA QUIEBRA DE DON Gabriél de Morales, y ſu Caxa, ſe hace; para efecto de que en la Inſtancia de Reviſta ſe reforme la Sentencia de Viſta de el Conſejo, por la qual ſe abſolvió â el Marqués de Caſtro-Monte de la demanda, que le fuè pueſta, con lo demàs, que dicha Sentencia contuvo.

N. 1. PRetenden los Diputados de Acrehedores de la Quiebra de Don Gabriel de Morales, y Compañia, Compradòr de Oro, y Plata, que fuè de la Ciudad de Sevilla, que en esta Instancia de Revista, se reforme la Sentencia de Vista del Consejo, pronunciada en 29. de Octubre del año de 1731. por la que, en concurrencia de los Señores de el Supremo de Castilla, que su Magestad nombrò para su vista, se absolviò, y diò por libre à la Testamentarìa de el Marquès de Castro-Monte, y bienes de ella, de la demanda puesta por dichos Diputados; y assimismo de la fianza, que se le mandò dàr, y con efecto diò en virtud de los Autos de Vista, y Revista de el Consejo de 25. de Abril de 1709. y 5. de Julio de 1710. para en el caso, de que en dichos Autos se hace mencion, con imposicion al mismo tiempo à los Diputados de perpetuo silencio, sobre este particular.

2. Para haver de manifestar la justicia, que les assiste, se tiene por precisa la comprehension de dos Puntos: conviene à saber: *Que para lo que pretenden, tienen à su favor Executoria; y que quando no la tuviessen, no podria dexar de ser en los mismos terminos, que los que incluye dicha Executoria.* Y aunque este, al parecer, sea orden trastrocado, pues era lo natural, que paràndose primero la consideracion en las razones de congruencia, que fomentassen la pretension de los Diputados, se afianzasse el discurso con el efecto de la cosa juzgada, contra la qual, apenas hallaron entrada las Leyes; tienese por preciso este modo de discurrir, (sin agravio de la cosa juzgada, y sus efectos) para que mas bien se venga en conocimiento de el superior legal motivo, que incluyò dicha Executoria; fundamento, que sostiene la demanda de los Diputados, con el que baxo de la correspondiente veneracion, proceden à la solicitud de la reformacion de la expressada Sentencia de Vista, en el presupuesto de contemplarse esta ex diametro contraria à la mencionada Executoria.

3. Para haver de proceder con la correspondiente claridad, antes de internarse el discurso à los dos medios de derecho, que se han apuntado, se tiene por conveniente el presupuesto de algunas cosas, que aunque todas constan con especial claridad del Memorial Ajustado, se annotaràn aqui las que parezcan indispensables, para vassa segura de lo que se ha de tratar.

4. Notable es, y resulta de los numeros 114. y 115. de el Memorial Ajustado, que el Credito de el Marquès de Castro-Monte,

Monte, ſobre que apelò la Ceſsion, que motiva eſte litigio, provino de dos Vales, uno de 150ꝥ. peſos, y otro de 50ꝥ. peſos: el primero, otorgado en 13. de Diciembre de el año de 1700. à favor de el Chantre Don Fernando de Baeza y Mendoza, hermano de el Marquès; y el otro en 6. de Julio de 1701. à favor, aſsimiſmo, de dicho Chantre.

5. Tambien es conſtante, que haviendo negociado la Caſa de el Marquès, deſde el tiempo de ſus padres, y deſde el año de 1652. como aſsi lo expreſsò el Contador de la Quiebra en ſu Informe de 15. de Septiembre de el año de 1704. que empieza al num. 60. de dicho Memorial, donde à los num. 78. y 79. ſe hace mencion de eſto por aſsiento de los Libros de la Caxa, y Quiebra de dicho Morales, ſe aſſegura en dicho Informe haver ſido todas eſtas negociaciones baſtantemente lucroſas en los intereſſes, que ſe devengaron por ellas, ſignificandoſe en dicho Informe al num. 73. de dicho Memorial, haver eſtos importado deſde el año de 1676. haſta el plazo de la ultima negociacion, que fuè la de los citados dos Vales, la cantidad de 141ꝥ821. peſos, *que ſe han pagado por eſta razon.*

6. Aſsimiſmo es de obſervar, que aunque en eſtos dos Creditos ſonaba intereſſado dicho Chantre Don Fernando de Baeza, ſin embargo, ſu hermano el Marquès fuè la parte principal para la recaudacion de ellos, y el que conſiderando el graviſsimo deſcaecimiento de la Caxa, procurò preſervarlos de la Quiebra, que en ella eſtaba previſta, ſegun las conſiderables pèrdidas, que havia padecido, no obſtante la gravedad de ſus fondos verdaderamente reſponſables à las muchas negociaciones, que tenia al cargo ſuyo.

7 Dimanò de eſtos eſcrupulos, que el Marquès ſe aſſeguraſſe con la Cedula, que à ſu favor otorgò Don Gabriel de Morales, y Compañia, en 26. de Septiembre de el año paſſado de 1702. como conſta de el primer Supueſto, num. 32. de dicho Memorial Ajuſtado, en que declarò, ſer el Marquès acrehedor à ſu Caſa, y Caxa en cantidad de 214ꝥ637. peſos de ajuſte de quentas haſta dicho dia.

8. Con eſte motivo expreſſa Morales, que al Marquès pertenecen todos los Vales, y Eſcrituras, que componen la referida cantidad, y no tener en ellos prenda, ò derecho alguno, porque todo ello fuè producto ſubminiſtrado por el Marquès, para efecto de contraerlos. Que eſte Inſtrumento ſe otorgaſſe ſolo para reſguardo, y ſeguridad de el Marquès, no ſe puede du-

dudar, y lo acredita aſsi la Nota de letra, y puño de Morales, de que ſe hace mencion en el primer Supueſto, num. 33. de dicho Memorial, ſobre no haver tenido otro modo de aquietar al Marquès, que el de el otorgamiento de dicha Cedula.

9. Y la verdad de eſta aſſercion de Morales la perſuade el miſmo hecho de lo que contuvo la Cedula de el citado dia 26. de Septiembre de 1702. pues ſegun conſta de el num. 117. de dicho Memorial, en ella ſe comprehendieron 94U860. peſos de quatro Creditos à favor de la Caxa; conviene à ſaber, el de 2U500. peſos, de que era deudor Don Diego de Torres, por Vale de 3. de Julio de 1699. el de 2U. peſos que debia el Marquès de Valhermoſo, por Eſcritura de 30. de Enero de el año de 1700. el de 87U240. peſos, de que era deudor Don Luis de Bayaca, por dos Eſcrituras de el dia 17. de Julio de dicho año de 1700. y ultimamente el de 3U120. peſos, de que era deudor Don Juan Bruno Tello, por Vale de 4. de Octubre de el referido año de 1700. con que ſiendo los dos Vales de los 200U. peſos, otorgados en 13. de Diciembre de dicho año de 1700. y 6. de Julio de 1701. es viſto haver ſido cierta la aſſercion de Morales en el citado num. 33. de el Memorial Ajuſtado, y que mal podian ſer los Creditos, que contuvo dicha Cedula, ſubminiſtrados por el caudal de el Marquès, quando las dichas cantidades provenian de Creditos, que pertenecian à la Caxa de Morales, con anterioridad à las fechas de los dos Vales, que compuſieron el Credito de los 200U. peſos pertenecientes al Marquès.

10. Reſulta de lo antecedente haver ſido ſimulada, y ſupoſiticia la declaracion, que à favor de el Marquès hizo Don Gabriel de Morales en la Cedula de el citado dia 26. de Septiembre de el año de 1702. y que en eſte acto ſolo tratò el Marquès de aſſegurarſe contra la Quiebra, que las de la Caxa en ſus negociados la iban preparando, para la que deſpues ſe manifeſtò en perjuicio de los Acrehedores de las tres claſſes, intereſſados en eſtos Efectos.

11. La irrefragable prueba de la ſimulacion, y ſupoſicion de eſte acto, ſe manifieſta de lo que deſpues de haver fallecido Don Gabriel de Morales, practicò ſobre el miſmo aſſumpto Don Geronymo de Zeſpedes, por sì, y en nombre de la Compañia de dicha Caxa, por Eſcritura de 24. de Abril de el año de 1703. de que ſe hace mencion en el ſegundo Supueſto, num. 34. de dicho Memorial Ajuſtado.

12. En eſte Inſtrumento refiere el otorgante la Cedula de 26. de Septiembre: confieſſa por acrehedor de la Caxa à el Marquès; añade, que la Caxa, ſin embargo de el tenor de dicha Cedula, ha ido cobrando muchos de los Efectos, que ſe comprehendieron, y que algunas de las cantidades cobradas por la Caxa, ſe fueron entregando al Marquès; con cuyo motivo, dice el otorgante, que eſtando yà reducido el Credito de el Marquès à 150ɥ932. peſos, revalida la Cedula en quanto à dicha cantidad, y no mas; y que para eſte efecto entrega à el Marquès los Vales, y Eſcrituras, obligando à la Caxa à la eviccion, y ſaneamiento de todas las partidas, que componian los dichos 150ɥ932. peſos.

13. Antes que ſe paſſe à la inveſtigacion de eſte Inſtrumento, (que ſin duda fuè tan ſimulado, como la Cedula de 26. de Septiembre de el año de 702. otorgada por Morales en favor de el Marquès) es preciſa otra reflexa, que inſtrumentalmente califica, que dicha Cedula fue ſolo precaucion de el Marquès, en el juſto temor con que ſe hallaba de la quiebra, que traìa previſta de dicha Caxa, haſta entonces depoſito ſeguro de ſus caudales, para la continuada negociacion lucroſa, que adelantaba con ellos.

14. Para lo qual ſe advierte, que en los numer. deſde el 114. haſta el 116. ambos incluſivè de dicho Memorial Ajuſtado, haciendoſe mencion de los citados dos Vales, ſu importe de los 200ɥ. peſos, à favor de el Marquès, ſe previene, que el de los 150ɥ. peſos, ſu fecha de 13. de Diciembre de el año de 1700. tiene eſta Nota: *Pagado en 24. de Abril de 1703. en ajuſte que ſe hizo con dicho ſeñor, como conſta de Eſcritura, que en eſte dia ſe otorgò à ſu favor ante Antonio Ruiz Jurado.* Eſta Eſcritura es la miſma, en que Don Geronymo de Zeſpedes ratificò la Cedula de 26. de Septiembre de el año de 1702. en que Don Gabriel de Morales declarò en favor de el Marquès la pertenencia de Creditos.

15. En el otro Vale de los 50ɥ. peſos reſtantes, ſu fecha de 6. de Julio de el año de 1701. ſe halla la Nota que ſe ſigue: *Pagado en 11. de Julio de 1702. en otro nueſtro de la miſma cantidad, à ſu favor.* Con el contexto de eſtas dos Notas, ſe diſcurre aſsi: A ſer cierta la expreſsion de Don Gabriel de Morales, en la Cedula de 26. de Septiembre de dicho año de 702. de que los Efectos comprehendidos en ella eran, y havian ſido proprios de el Marquès, ni antes, ni deſpues de dicha Cedula hu-

huviera havido otros contratos ſobre el miſmo aſſumpto; porque ſiendo proprios de el Marquès aquellos Efectos, no podian, ni debian ſerlo de nuevo; es aſsi, que como conſta de dichas Notas, antes, y deſpues de la mencionada Cedula huvo otros contratos: luego, ni antes, ni deſpues de ella fueron proprios de el Marquès los Efectos, que comprehendiò, reſultando aſsi lo indubitable, y cierto de la ſimulacion de aquel acto.

16. Buelve el diſcurſo à el Inſtrumento, que en 24. de Abril de el año de 703. otorgò en favor de el Marquès, muerto yà Don Gabriel de Morales, Don Geronymo de Zeſpedes, ſu Compañero. Se ha tocado, haver ſido eſte Inſtrumento tan ſimulado, como lo fuè la Cedula de Don Gabriel de Morales de 26. de Septiembre de el año de 702. y antes de fundarſe eſto, deben afrontarſe unos Inſtrumentos con otros, por lo que de ellos reſulta à favor de los Diputados, que litigan.

17. Los dos Vales, Credito de el Marquès, importaron 200ʒ. peſos: La Cedula de 26. de Septiembre aſſegurò, conſiſtir eſte Credito en 214ʒ637. peſos: El Inſtrumento, que deſpues de la muerte de Don Gabriel de Morales, otorgò Don Geronymo de Zeſpedes, ſu Compañero, aſſegurò, que conſiſtia en 150ʒ932. qual ſea la diſſonancia de eſtos Inſtrumentos, no es dificil de ajuſtar, y es muy importante ſu noticia, para lo que deſpues ſe avrà de fundar.

18. Verdad es, que el importe de los dos Vales conſiſtiò en los 200ʒ. peſos; pero como eſtos caudales eſtaban entregados à la Caxa, no por via de depoſito, ſino para lo lucroſo de las negociaciones, con la diferencia de intereſſes, que ſegun la variedad, y circunſtancias de los tiempos, fueron deſde 5. haſta 12. por 100. à el año; eſta es la razon, porque los que en los de 1700. y 1701. fueron 200ʒ. peſos, llegaron à ſer 214ʒ637. peſos, en 26. de Septiembre del año de 1702. en que fue otorgada dicha Cedula.

19. Eſta conſideracion eſtà patente en dicho aumento; pues ſiendo 200ʒ. peſos el importe de los dos Vales de 13. de Diciembre de el año de 1700. y de 6. de Julio de 1701. que ſe renovò por otro tal de 11. de Julio de el año de 702. ſegun la nota del numero 116. de el citado Memorial Ajuſtado, ſupercrecen eſtos à 214ʒ637. peſos; de ſuerte, que de un tiempo à otro, conſiſtiò el aumento en 14ʒ637. peſos, que prorrateados entre los 200ʒ. peſos, vienen à correſpon-

der los interesses à razon de 13. y medio por 100. no de un año, sì de todo el tiempo, que incluye la fecha de el primero Vale, que fue en 13. de Diciembre de 1700. hasta 26. de Septiembre de 1702. en que se otorgò dicha Cedula à favor de el Marquès.

20. Que el caudal de el Marquès, y de su Casa, puesto en la Caxa, produxesse reditos, à mas de constar assi por el informe de el Contador de la Quiebra de 15. de Septiembre de el año de 1704. que empieza al numero 60. del Memorial Ajustado, donde al numero 73. se especifica la summa por mayor de todos los interesses, y de la Probanza hecha sobre este particular por parte de los Diputados de dicha Quiebra, sobre la segunda pregunta, que està en el Memorial, desde el num. 50. hasta el 59. lo verifica la assercion de el mismo Marquès en sus Pedimentos, segun la nota marginal sobre el numero 86. de dicho Memorial, en que confessò haver pactado con Don Cabriel de Morales algunos moderados, y regulares interesses por sus caudales, en atencion à las utilidades, que dicho Morales tenia con ellos.

21. Que en el Instrumento de Cession, que otorgò Don Geronymo de Zespedes en 24. de Abril de el año de 1703. se incluyessen interesses, tampoco puede negarse; pues de la Certificacion, que empieza en dicho Memorìal al numero 82. consta en el siguiente, que debiendo haver sido la Cession unicamente de 140U. pesos, se executò esta de 150U932. pesos, en que se incluyeron de mas 10U932. pesos, *por razon de las demoras, que pudiesse tener el Marquès, para el percibo de algunas de las partidas de dicha Cession*: Verdad, que contextò en su declaracion el Chantre, hermano de el Marquès, en el concepto de haverse de aplicar este aumento à los gastos, y costas de la cobranza, que havian de quedar à cargo de el Marquès, como se refiere en el numero 84. de dicho Memorial.

22. Llevase dicho, que este Instrumento de el año de 1703. otorgado por Don Geronymo de Zespedes, fue tan simulado, como la Cedula de 26. de Septiembre de el año de 702. que otorgò Morales; y para hacer constar esta verdad, no se puede dexar de hacer presente, que aunque incluye Cession formal, con ratificacion en parte de dicha Cedula, ni los Instrumentos de los Creditos se entregaron à el Marquès, ni fueron de el cargo suyo las diligencias de la

cobranza; con que se convence el pretexto de la declaracion de su hermano el Chantre, sobre el aumento de los 10U932. pesos, de que se hace mencion en el citado numero 84. del Memorial Ajustado.

23. La prueba de esto, y de la certeza de la simulacion, que contuvo dicho Instrumento, resulta de el numero 85. de dicho Memorial, en que se expressan dos cosas: La una, que lo que havia cobrado el Chantre en nombre de el Marquès su hermano, de las partidas de la Cesion, que hizo dicho Zespedes, havia sido de la misma Caxa, que havia hecho las diligencias; y la otra, que havia debuelto à la Caxa los Papeles de la Cesion de aquellos Efectos, que pudiessen ser cobrables, para que asi se cumpliesse el trato verbal, de que todo ello se havia de executar por la Caxa.

24. Esta fue la razon, porque hecha la dimision de los Efectos de la Caxa en 15. de Septiembre de el año de 1704. se incluyessen en el Memorial de ellos todos los que estaban existentes, aunque comprehendidos en dicha Cesion, motivo porque se embargaron, y sobre que apelò el litigio, de que dimanò la Executoria, de que se trata en el tercero Supuesto, num. 35. de dicho Memorial Ajustado, en la qual se previno el requisito de la fianza, sobre cuyo assumpto se litiga al presente.

25. Presupuestas estas circunstancias, que en su lugar serviràn para mayor fomento de la pretension de los Diputados, que litigan, se hace preciso el transito à los dos medios de Derecho, que se han de tocar, y baxo de el orden, al parecer trastrocado, se passa al primero en esta forma.

PUNTO PRIMERO.

ES DE REFORMAR LA SENTENCIA de Vista de el Consejo, por tener los Diputados de la Quiebra Executoria à su favor.

26. DE la especial autoridad de la Cosa juzgada, nadie duda, ni puede dudar; tan particular es, que condecorandola con realces de vehemente presump-

ſumpcion de verdad la Mageſtad de el ſeñor D. Phelipe IV *in leg. 35. cap.3. tit.7. lib.1. Recop.* paſſa à ſignificar, que contra ella *apenas hallaron entrada las Leyes*: procediendo eſto mejor quando dimana de un Tribunal Supremo, y quando las Partes que contendieron, uſaron de aquellos regulares recurſos, que permite el Derecho, à contrapoſicion de toda negligencia, y omiſsion en la practica de ſus defenſas, con lo qual llega à graduarſe de propria à diferencia de la impropria, que à veces la ocaſiona el deſcaecimiento de la parte vencida, que deſiſtiendo de ſus defenſas, hizo preparar el Efecto de la Coſa juzgada, que ſe conoce entonces con el nombre de impropria; de cuya diferencia tratò, con la ſolidèz que acoſtumbra, Don Pedro de Hontalv. *de Iur. ſupervenient. tom. 1. quæſt.12. §.2. ex num. 207.*

27. Siendo, pues, tan ſingular la autoridad de la Coſa juzgada, y aſsiſtiendo eſta à favor de los Diputados, no parece, puede haver duda alguna en la juſticia, con que ſolicitan la reformacion de la Sentencia de Viſta, que de haverſe de confirmar en la Inſtancia pendiente, pugnarìa ex diametro con dicha Executoria, pues previniendoſe en ella, que huvieſſe de dàr, como con efecto diò, el Marquès la fianza de eſtàr à derecho, para en caſo de que los Acrehedores uſaſſen de la revocatoria, una vez que uſando de ella, por la falta de caudales para ſu reintegro, ſe abſolvieſſe al Marquès, y ſu Teſtamentarìa de eſta demanda, vendria à ſer la Executoria de abſolucion, ex diametro opueſta à la antecedente, en que ſe le penſionò con la fianza, para quando llegaſſe el caſo que ſe eſtà experimentando de no haver caudales ſuficientes para el pago de los Acrehedores.

28. La Coſa juzgada, mayormente ſiendo de naturaleza, que con remedio alguno legal no puede infirmarſe, ò retractarſe, de cuya claſſe debe contemplarſe dicha Executoria, preciſamente debe ſurtir pleno efecto; es aſsi, que eſto no ſe verificarìa, ſi la Sentencia de Viſta ſe llegaſſe à confirmar en eſta Inſtancia; luego para que ſe evite ſemejante inconveniente, no ſolo no debe confirmarſe, ſino que antes bien debe revocarſe.

29. Confirma eſto la ſiguiente conſideracion: La Executoria que ha de redundar de la Inſtancia de Reviſta pendiente, debe hacer conſonancia, y armonìa con la antece-

den-

dente, en la recta administracion de justicia; no puede verificarse esta armonìa, llegandose à confirmar la Sentencia de Vista, que frustraria lo mandado por la otra Executoria, luego se està en los precisos terminos de que en esta Instancia se aya de reformar la Sentencia de la antecedente.

30. Calificase esto, con que la Executoria antecedente mandò, que el Marquès afianzasse restituir los Efectos, que por entonces existian de los que comprehendiò la Cessión, que à su favor otorgò Don Geronymo de Zespedes en el año de 1703. para en caso de que se usasse de la revocatoria, atendiendo en esto la superioridad de el Consejo à el beneficio de ambas Partes.

31. Disputabase de la validacion de la Cessión, que impugnaron los Acrehedores de la Quiebra, dando à entender la simulacion, con que se havia procedido à el otorgamiento de la Cedula, y de la Cessión en los años de 1702. y 1703. de calidad, que aunque la dimissión se havia efectuado en el de 1704. haviendo claudicado este acto en la raìz, no podia, ni debia permitirse à beneficio de quien se havia lucrado con considerables interesses, y en agravio de los que debian reputarse por de mejor condicion, mayormente en los terminos en que se concordaron las tres classes de Acrehedores con Real aprobacion. Por el contrario, el Marquès anhelaba en aquel litigio, à que se declarasse por vàlida dicha Cessión, haciendo presente la gran distancia que huvo desde ella à la publicacion de la dimissión, pues haviendo esta sido en 15. de Septiembre de dicho año de 1704. consta haverse otorgado la Cessión en 24. de Abril del de 1703. de forma, que de la Cessión à la dimissión intermediaron diez y siete meses, menos nueve dias; con cuyas consideraciones, y otras, que se hicieron por su parte, pretendìa la subsistencia de dicha Cessión; sin embargo de lo qual hubo la Executoria, que infirmò en parte la Cessión, en el concepto, en que si es licito investigar las superiores decissiones, se ha llegado à formar de esta.

32. Tuvo presente la Superioridad de el Consejo la suprema calidad de los Acrehedores de la primera, y segunda classe, y la infima, que debia corresponder à los de la tercera, en que, sin disputa, debiò contemplarse el Credito de el Marquès: hizose el cargo, de que como quiera, que

se

se huviesse celebrado la Cesion, se hallaba con una intermision tan notable como la de los diez y siete meses, que intermediaron desde dicha Cesion à la dimision de los Efectos de la Caxa: conociò, que de aquellos Efectos yà cobrados, se havia engrossado el Patrimonio de el Marquès: notò, que la pretension de los Acrehedores era por entonces intempestiva; porque, aunque la Cesion huviesse sido hecha en fraude, no havia sido nula, sino antes bien vàlida, expuesta à rescision, ò disolucion, en caso de reclamar los Acrehedores de antelacion, y mejor condicion; y que para la verificacion de el evento, era necessario, que constasse de excusion en los Bienes, y Efectos de el deudor cedente, ò alienante *in fraudem*, por ser este remedio subsidiario concedido *ex bono*, *& æquo*, para que no se dè lugar à que se cause perjuicio à tercero; con cuyo motivo, y el de que el mundo no se involucrasse en Pleytos, con detrimento de el humano Comercio, tuvo por conveniente el medio, de que usò en su Executoria, que el Marquès hiciesse suyo lo que se huviesse cobrado de la Cesion, y en atencion à lo informe, ò intempestivo de la instancia de los Acrehedores, que no havian practicado la excusion, ni havian hecho constar de la falta de caudales para la paga de susCreditos, habilitò al Marquès, para que continuasse en la cobranza de los Efectos, que comprehendiò la Cesion; pero dexandole pensionado con el gravamen de la fianza, para en caso de que se usasse de la revocatoria.

33. Justa, y loable providencia con que se atendiò al beneficio de una, y otra Parte. Havia declarado el Consulado por legitima la Cesion: de confirmarse esta providencia, venia sin disputa à ser de mejor condicion el Marquès; y huviesse, ò no caudales suficientes para el pago de los Acrehedores de la primera, y segunda classe, no quedaba à estos recurso para impugnar la Cesion, al menos en aquellos Efectos, que havia existentes de ella al tiempo de el embargo de todos los de la Caxa, en fuerza de la dimision hecha. A este inconveniente ocurre el Consejo: no halla en proporcion los Autos, para declarar (como lo hizo el Consulado) que la Cesion no huviesse claudicado, antes bien, despues de el dilatado conocimiento de causa, que huvo, desde el año de 706. en que se principiò el litigio, hasta el

de

de 710. en que hubo la Executoria, llegò à hacer dictamen de lo contrario; pero no hallando terminos hàbiles, que calificassen el evento, y animo de defraudar à los Acrehedores de antelacion, en comparacion de el Marquès, no quiso, que los Efectos existentes, de que se havia compuesto la Cessión, quedassen sujetos, por entonces, à la universalidad de la Quiebra.

34. Yà à la sazòn tenia el Marquès derecho adquirido à ellos, aunque expuesto à la revocabilidad, de que no haviendo fondos suficientes en la Quiebra para pagar à los Acrehedores de la primera, y segunda classe, constando de esta verdad, por medio de la legitima excusion, huviessen dichos Efectos, ò el importe de ellos de servir para el mencionado pago; pero como para estas diligencias era necessario algun tiempo, era demorar al Marquès la cobranza, y hasta que se hiciesse constar de la falta de caudales para el total reintegro de los dichos Acrehedores, no podia llegar el caso, y practica de la revocatoria, y continuando el Marquès en la cobranza, aunque hiciesse suyo el producto de ella, como quedaba pensionado con la fianza, este era proporcionado medio, con que se atendiesse à el beneficio de el Marquès, y à la preservacion de el derecho de los Acrehedores, para que haciendo constar por el mismo evento la falta de caudales para el pago de sus Creditos, le tuviessen indemnizado con el gravamen de la fianza, con que le pensionò el Consejo.

35. Dudar no es licito de las determinaciones del Consejo, y mas quando son sus Executorias con el additamento de haver concurrido à ellas Señores Ministros de el Supremo de Castilla; en cuyo obsequio, y por cuya veneracion se dexan de fundar en este lugar (reservandose para otro, donde se haga tolerable) las consideraciones, que produce su Executoria en los Autos de Vista, y Revista de 25. de Abril de el año de 1709. y 5. de Julio de 1710. por los que se confirmò el de el Consulado de 3. de Marzo de el de 1706. en que se declarò deber subsistir la Cessión, con la calidad de la fianza expressada.

36. Innegable tambien es, que en la disposicion de derecho, y practica de los Tribunales de el Reyno, semejantes fianzas dexan la cosa, sobre que se ha litigado, tan

entera, como si no se huviesse cobrado, ni hecho otra alguna diligencia, que pueda ser detractiva de el derecho de los Interessados, à cuyo beneficio, y por cuya contemplacion fue el otorgamiento de la fianza: esta es la razon, porque en fuerza de dicho otorgamiento, que dice mas que reserva de Derecho, ni la Jurisdiccion cessa, ni fenecen los Autos, motivo porque à continuacion de ellos debe usar el interessado de aquel proprio derecho, que se le preservò por la fianza, en tanto grado, que en la mas segura Jurisprudencia, aùn quando el sucessor universal debiesse gozar de diverso fuero de aquel, à que estuvo aligado su antecessor, ni tendrìa lugar la declinatoria de fuero, de que intentàra valerse, ni le serìa admisible otra defensa, que la que permitiesse el antiguo processo, que desde luego preocupò el espacio de el assumpto, que con alguna novedad, efecto proprio de lo antes litigado, ha de investigarse sobre ella.

37. *Dura est lex, sed est scripta*, dixo el Jurisconsulto *in leg. Prospexit, ff. Qui, & à quibus*: no dicen asi los Diputados de la Executoria de el Consejo, porque aunque esta, por lo general, haga de lo blanco negro, y de lo negro blanco, siendo mas importante, que à veces se sobstenga lo menos justo, que abrirse la puerta à los litigios terminados, porque en otra forma serìan innumerables los perjuicios, que se siguieran al Comun, està patente la justificacion, y reflexa razon, con que el Consejo procediò à la decision de este negocio, en el particular de la subsistencia, ò invalidacion de la Cesion.

38. No es verosimil, ni creìble de la alta superior comprehension de el Consejo, que se separe de este concepto para la Sentencia de Revista, que se espera, y mas quando no es sola la Executoria de sus Autos de Vista, y Revista de 25. de Abril de 1709. y 5. de Julio de 1710. pues ay otra mas moderna, que aùn adelanta algo en comparacion de ella.

39. Presupuesta dicha Executoria, pusieron demanda los Diputados en 12. de Febrero de el año de 1717. à continuacion de los Autos antiguos, por lo mismo que yà se lleva insinuado, en que expressaron, que mediante haver llegado el caso de poder usar de la revocatoria, por la falta de caudales, que havia en la Quiebra, para la satisfaccion de sus Creditos, se condenasse al Marquès, y sus bienes à la entrega de lo que havia percibido de los Efectos de la Cesion,

que

que cobrò con el gravamen de la fianza, que previno dicha Executoria.

40. Dado traslado de la demanda, formò el Marquès articulo de no tener obligacion à responder, en el presupuesto de no haverse hecho constar la falta de caudales para la paga de los Acrehedores de la primera, y segunda classe, que se havia efectuado sin su intervencion, siendo tambien incierto, que su Credito se debiesse reputar por de la tercera, y por el consiguiente de inferior calidad, que el de los demàs Acrehedores.

41. Substanciado este articulo, huvo en èl Executoria, que se refiere en el num. 44. de dicho Memorial Ajustado, en que por Autos de Vista, y Revista de 9. de Diciembre de el año de 723. y 17. de Mayo de el de 1724. se mandò, que sin embargo el Marquès respondiesse derechamente, como con efecto assi lo hizo.

42. Resultan de este Hecho, y moderna Executoria, dos indubitables cosas: La una, que teniendose presente la justicia, y gravedad de la Executoria primitiva, que contuvo el gravamen de la fianza, se desestimò con conocimiento de causa, todo lo que pudiesse decir oposicion à ella; y la otra, que haciendose cargo el Consejo, de que yà havia llegado el caso especifico, è individual de su Executoria; esto es, que no haviendo caudales suficientes en la Quiebra para el pago de los Acrehedores de antelacion à el Marquès, debia este, sin disputa, responder, y contextar la demanda, que desde luego llevaba consigo todo el fundamento de una Executoria, que la calificaba, no se estima la dilatoria, peremptoria, ò anomala, de que se quiso valer para dexar ilusoria la autoridad de la Cosa juzgada, que infirmando la Cession, quiso que esta solo tuviesse efecto inalterable, quando en la Quiebra huviesse fondos suficientes para el pago total de los Acrehedores de mejor derecho, que el Marquès.

43. Esta es la verdadera inteligencia, que se ha dado por los Diputados de la Quiebra à la primitiva Executoria de el Consejo, por la qual, en la realidad, se declarò por vàlida la Cession; pero con tanta restriccion, que verificandose la falta de caudales, para la paga de los Acrehedores de antelacion, se resolviesse dicha Cession, como sino la hu-

viesse havido ; para con aquellos efectos ; que se hallaron existentes al tiempo , en que se sequestraron todos los de la Quiebra , concepto que calificò la moderna Executoria de el citado numero 44. de el Memorial Ajustado, en quanto por ella se desestimò la excepcion opuesta por el Marquès ; y si esto no se ha de entender asi , desean los Diputados saber , què efecto podrà tener en el Derecho una, y otra Executoria ? A què pudo mirar la restriccion , y gravamen de fianza, que contuvo la primera ? Si la Cesion no se infirmò para en su caso por la primera Executoria , como por la segunda se le desestima à el Marquès la excepcion, que siendolo de Cosa juzgada , ninguna mas propria que ella para intentada , y admitida en el mismo Tribunal , de donde dimanò la Executoria ; con cuyo hecho , es visto , que el mismo Supremo Tribunal , de donde dimanò , la reiterò, la afianzò , y explicò , condenando à el Marquès à que huviesse de responder , porque en tanto tenia à su favor el Marquès Cosa juzgada , en quanto no se huviesse insinuado por los Acrehedores con reglamento , à lo que mandò el Consejo , que no havia Efectos suficientes de que hacerse pago , siendo sus Creditos de mejor condicion , que el de el Marquès , por ser este el Efecto proprio de la revocatoria.

44. Haviendo el caso de proceder en estos terminos, parece como infalible, salva la superior censura de el Consejo , que la Sentencia de Vista deba reformarse , pues de executarse asi , seria esta novissima Executoria , que se espera , concordante à las dos antecedentes , que no se hicieran compatibles , con que huviesse una posterior , en que no solo se absolviesse al Marquès , y sus bienes , sino que se impusiesse perpetuo silencio à los Diputados , circunstancia que comprehendiò la Sentencia de Vista , de que se ha suplicado , mediante que de confirmarse en esta ultima parte la referida Sentencia de Vista en la presente Instancia de Revista , seria quedar menos bien condecoradas las dos Executorias antecedentes ; y en fin , poco importaria à los Diputados de la Quiebra haver estado litigando con el Marquès por el espacio de treinta años sobre lo defectuoso de la Cession , que en el de 703. se otorgò por Don Geronymo de Zespedes , à favor suyo , si aora se declarasse, que fue tan vàlida , y subsistente , que fuesse demàs la fianza,

y

y que fuesse ociosa la repulsa de la excepcion de no tener obligacion à responder, que comprehendieron dichas dos Executorias.

45. Sobre este particular raciocinan asi los Diputados: O la Cesion hecha en favor de el Marquès, diez y siete meses antes de manifestarse judicialmente la Dimision, y Quiebra de la Caxa de Morales, claudicò en alguna parte, ò fue vàlida, en tanto grado, que no ay, ni huvo motivo para impugnarla? Si claudicò dicha Cesion, fue con arreglo à lo justo la primera Executoria de el Consejo, siendo correlativa à ella la segunda. Si la Cesion fue vàlida, de calidad que no huvo, ni ay causa para su impugnacion, es preciso, que se confiesse haver sido injusta la primera Executoria, siguiendo su naturaleza la segunda. De estas dos cosas solo lo primero puede, y debe decirse. Fue, y es justa, y con arreglo à equidad la primera Executoria, y por consiguiente la segunda, porque en la realidad, la Cesion claudicò con respecto al perjuicio, que pudiera seguirse à los Acrehedores de indubitable antelacion à el Marquès; y siendo este el principal concepto de aquellas Executorias, si se huviesse de imponer con clausulas absolutas, perpetuo silencio à los Diputados, por la que de proximo se espera, no ay duda, que esta seria tan perplexa con aquellas, que lo que unas presupusiessen por indispensable, lo tuviesse la otra por ocioso, y superfluo, como lo està dictando la misma razon natural, texto convincente en assumpto de tanta claridad.

46. Imponer la Sentencia de Vista perpetuo silencio à los Diputados en su pretension, que deduxeron en conformidad de la primitiva Executoria de el Consejo, sin que en esto se usasse de alguna limitacion, ò moderacion, que suavizasse la mencionada Executoria, con que quedò gravado el Marquès à la fianza, que diò de estàr à Derecho, pagar juzgado, y sentenciado para en caso de usarse de la revocatoria, es presuponer directamente lo contrario, que mandò, y previno dicha Executoria; contra la qual, ni se puede, ni se debe proceder, porque despues de executoriado un litigio por los tramites regulares, que permiten los recursos de los Supremos Tribunales, apenas se halla en las Leyes, medio con que se destruya la autoridad de la Cosa juzgada.

47. Solo ſe concede lo que pueda ſer modificacion de ella, pero no coſa, que en el todo la aniquile. Bien ſe fatigan los Autores, para dàr reglas, que aùn no encuentran con facilidad, en virtud de las quales, ſe pueda pretender lo contrario, que contiene la Executoria, que ſe expidiò en virtud de Inſtrumentos, ò Alegaciones falſas, ò de la que ſe proveyò, ſin haverſe tenido preſentes nuevos Inſtrumentos, de que eſtuvo ignorante la Parte antes de la Executoria: que ſi ſe huvieran preſentado en tiempo, huvieran hecho, que ſe mudaſſe de propoſito para las determinaciones. Y ſi para eſto ha de preceder juramento, ſe ha de pedir reſtitucion, y ſe ha de practìcar lo demàs, que previene la eſpecial erudicion de Don Pedro de Hontalv. *dict. q.* 12. §. 1. & 2. què ſe dirà, quando no verificandoſe eſtas circunſtancias, quiere la Parte de el Marquès, y ſu Teſtamentarìa, que las dos Executorias queden totalmente ſin efecto? Cuyo inconveniente perſuade la reformacion de dicha Sentencia de Viſta; y evaquado en eſta conformidad el primer Punto, reſta la manifeſtacion de el ſegundo.

PUNTO SEGUNDO.

QUANDO LOS DIPUTADOS NO TUVIESSEN A SU favor la autoridad de la Coſa juzgada, no podrìa dexar de ſer, en los miſmos terminos, que ſe contienen en ella.

48. EN el preſupueſto de la grande autoridad de la Coſa juzgada, no intentando los Diputados, que litigan, ſepararſe de el derecho, que les eſtà adquirido por ella, han deliberado proponer, que quando no la huvieſſe, no podrìa el caſo ſer en otros terminos, que los que incluye dicha Coſa juzgada; y aſsi, ſin perjuicio de ella, à mayor abundamiento, expondràn el derecho que les aſsiſte, para la reformacion de la Sentencia, à que aſpiran en eſta Inſtancia.

49. Para que ſe venga en claro conocimiento de lo juſtificado de eſta pretenſion, es preciſo, que el diſcurſo retroceda à tratar de la entidad, y ſubſtancia de la Ceſ-

ſion,

sion, que en el año de 1703. otorgò Don Geronymo de Zespedes, con ratihabicion en parte de la Cedula, que Don Gabriel de Morales hizo en favor de el Marquès de Castro-Monte en el año de 1702. y siempre que los Diputados hagan constar, que la Cessión contuvo defectos, que la hicieron retractable, ò rescindible, para acreditar la insubsistencia de ella, no ay duda, que aùn prescindiendo de la autoridad de la Cosa juzgada, tienen fundada su intencion, para la reformacion de la Sentencia de Vista.

50. Que la Cession contuviesse, como con efecto contuvo, defectos, que la hicieron retractable, ò rescindible, no ay genero alguno de duda, porque de haver de subsistir esta en agravio de los Acrehedores de la primera, y segunda classe, vendrìa à ser de mejor condicion el Marquès, que ellos, haviendo sido su Credito de manifiesta antelacion, en comparacion de el que perteneciò al Marquès.

51. Antes que se manifiesten assi las circunstancias, como los defectos, que incluyò dicha Cession, tienese por indispensable la previa consideracion de el mejor derecho de los Acrehedores de la primera, y segunda classe, en comparacion de el que perteneciò à el Marquès, para que graduandose por este orden, en el concepto prudente, la justa causa, con que los Diputados han hecho contradicion à la subsistencia de dicha Cession, se halle acreditado el derecho, con que han procedido, y proceden.

52. Preciso es para esto, recurrir à el principio de que la Caxa de Oro, y Plata, que en la Ciudad de Sevilla estuvo à cargo de Don Gabriel de Morales, y Compañia, fue uno de los Bancos publicos de el Reyno, establecido con publica, y judicial autoridad, baxo de aquellos considerables fondos, que corresponden à negocio de tanta gravedad, en que se interessa la conservacion de el Comercio, nervio principal, que sobstiene las utilidades publicas de la Monarquia; haviendose subrogado estos Bancos publicos en los Oficios de Nummularios, y Argentarios, que conociò el Govierno de la Republica Romana, en que siguiendose la fee publica, procedian los Acrehedores con no corta seguridad, para la conservacion de sus caudales, que antecedentemente se depositaban en los Templos, como se experimentò en el de Jerusalèn, quando el Ministro Eliodoro,

con-

contra la fee publica, è inmunidad de el lugar, intentò expilarle contra el dictamen de el Summo Sacerdote Onìa, caso en que se verificaron las maravillas de Dios, que constan de el *cap. 3. lib. 2. Machab.*

53. En este Banco publico, buscandose plena seguridad, se depositaban los Caudales, y Capitales pertenecientes à Iglesias Seculares, y Regulares, Obras Pias, Viudas, Menores, y Particulares, que siguiendo la fee publica, no apetecian otro interès, que el de la seguridad, assi en lo judicial, como en lo extrajudicial, concepto que comprehende la primera, y segunda classe de los Acrehedores de esta Quiebra.

54. Al mismo tiempo que los mencionados Acrehedores procedian con este sano intento, ò porque los litigios estimulaban à la integridad de los depositos, ò por otras causas honestas, que impelian à la constitucion de ellos; havia otra especie de Acrehedores, que no separados de la fee publica, que no dexaban de tener presente, solicitaban, que aquellos depositos, que hacian, fuessen productivos de algun mas, ò menos licito lucro, celebrando en esto, ò una especie de mutuo con interesses taxados, (de cuya justicia, ò injusticia, no se disputa por aora) ò una especie de sociedad verdaderamente impropria, è ilicita, porque nunca exponian sus Capitales à el detrimento, aunque siempre les tenian promptos para el commodo; de suerte, que à titulo de los negociados, que el Banco publico hacia, y de la contingencia de las utilidades, que en Sevilla podian advenir en aquellos tiempos, de su continuado Comercio, principalmente maritimo, conservaban siempre integros sus principales, percibiendo annualmente, ò como se pactaban, los interesses, sino es que à veces estos formassen, ò engrosassen el principal, para que no faltassen reditos de reditos, en la liquidacion de sus quentas.

55. Este modo de depositos, que con interesses, ò sin ellos, son por naturaleza irregulares; de calidad, que solo se conservarìa el dominio por el deponente, quando se hallasse existente el dinero numerico de el deposito, (en que no se pàra la consideracion, por no ser de la disputa presente) incluìa aùn por el derecho Civil notables diferencias.

56. El Credito de estos depositos, con interesses, ò sin ellos

ellos, no excedia de los terminos de perſonal; y como eſte no tenga preferencia, por la prioridad de tiempo, antes sì concurſo à prorrata con los demàs, por ſer todos de una propria naturaleza, ſin embargo de que con eſta conſideracion parece, que en los depoſitos irregulares debia hacerſe el miſmo ratèo para con los otros Creditos perſonales, ſe diſpone lo contrario en la conformidad, que ſe expreſſarà, tomandoſe la noticia de el Derecho Civil.

57. Tres ſon las deciſsiones rotundas, que comprehenden lo que và referido, *text. in leg. Si hominem. 7. §. Quoties, ff. Depoſit. text. in leg. Quod privilegium 8. ff. eod. text. in leg. Si ventri 8. §. In bonis 2. ff. de Privileg. Creditor.* En eſtos tres textos tratan los Juriſconſultos Ulpiano, y Papiniano de depoſitos hechos con intereſſes, y ſin ellos, en Banco de Argentarios, ò Nummularios: Quiebra de el Banco: concurrencia de deponentes, y de Acrehedores perſonales.

58. No ſe trata en eſtas deciſsiones de perjudicar à los Acrehedores hypothecarios, ò de privilegio à los depoſitos; pero en caſo de la exiſtencia verdadera de ellos, ſe concede à ſus dueños la accion vindicativa, en cuyo preſupueſto ſe confieſſa al deponente el dominio, que ſe niega al que quebrò, à cuyos bienes es ſolo formado el Concurſo de Acrehedores. Aſſercion es eſta de el *text. in dict. leg. Si ventri 8. §. In bonis 2. verſic. Si tamen, ff. de Privileg. Creditor.* ibi: *Si tamen nummi extent, vindicari eos poſſe puto à depoſitarijs, & futurum eum, qui vindicat, ante privilegia.*

59. En el caſo de la concurrencia de muchos Acrehedores de depoſito de dinero, verificada la quiebra de el Banco publico, aunque eſtos ſean de diferentes tiempos, tienen igual derecho entre sì, para el ratèo, por ſer todos de igual naturaleza, y no haver perdido ſus Creditos el concepto de perſonales: aſsi conſta de la citada ley *Si hominem 7. §. fin. ff. Depoſit.* ibi: *Item quæritur: Utrùm ordo ſpectetur, eorum, qui depoſuerunt, an verò ſimul omnium depoſitariorum ratio habeatur? Et conſtat, ſimul admittendos; hoc enim reſcripto principali ſignificatur.*

60. En ocurrencia de deponente ſin intereſſes, y de el que depoſitò con ellos, ò ſin haverlos pactado al principio, los pactò, ò recibiò *ex poſt facto*, no ay igualdad de grado, porque ſe reputa de mejor condicion, el que depoſi-

ſitò ſin intereſſes, que el que lo hizo con ellos. Son terminantes para eſto los citados dos textos *in dicta leg. Si hominem 7. §. Quoties 2. ff. Depoſit. leg. Si ventri 8. §. In bonis 2. ff. de Privileg. Creditor.*

61. No como quiera aſſegura eſta verdad el Juriſconſulto Ulpiano, de quien ſon las dos leyes, ſino que en la de el titulo *de Privileg. Creditor.* expreſſa, que yà en ſu tiempo era eſto tan cierto, que nadie lo dudaba: *Potiorem eorum eſſe cauſam placuit*, no ignorando el Theorico lo que incluye eſta voz *placuit*, de que uſaron los Juriſconſultos, para denotar, que exterminada la diſcordia de opiniones, que ſolia haver en la antiguedad, era indubitable lo que con ella ſe afirmaba, como ſe verifica de las condiciones impoſsibles, de que ſe uſaba en los Teſtamentos de aquellos tiempos.

62. De eſta sòlida, y genuina voz ſe usò para con los Acrehedores, que conſtituyeron ſus depoſitos ſin intereſſes, y extra de todo reſpeto à ellos; pero para con los que los hicieron, ſin perderlos de viſta, y que los tuvieron por principal objeto, fue tan al contrario, que ſe quedaron en la claſſe de los perſonales, ſin eſpecialidad alguna: *Et meritò: aliud eſt enim credere, aliud deponere*: palabras, en que fundò ſu razon Ulpiano *in dict. leg. Si ventri 8. §. In bonis 2. ff. de Privileg. Creditor.*

63. El que depoſita en el Banco publico, ſin reſpecto à intereſſes, dice Ulpiano, và ſiguiendo la fee publica: buſca ſolo la ſeguridad de el Credito, que contempla libre de Quiebras, por los fondos, y autoridad publica, de que eſtà exornado aquel Banco. No ſucede aſsi con el que pone en èl ſus caudales, para que negociando con ellos el Nummulario, ò Banco publico, adquiera para ambos. Trabaje el Nummulario, y ſi en los negociados, que executare, perdiere algo, ſea para èl la pèrdida, que no tranſcienda à el que depoſitò el dinero; pero tenga entendido, que ganando, ò perdiendo, le ha de contribuir lo que ſe pactò; y el que entrega ſu dinero en eſta forma, no ſe deſdeña de ſeguir la fee publica, pues à no tener probabilidad de ſeguridad en ella, buen cuidado tendria de no exponer ſus caudales à contingencia, mas no buſca derechamente, y por objeto principal, la ſeguridad de lo que en-

trega, sì el lucro, que de esto le ha de resultar, como quiera que lo contemple; y por esta razon dice muy bien el Jurisconsulto: *Aliud est credere, aliud deponere*: ambos infinitivos dicen confianza, pero el primero dice mutuo, y el segundo deposito; y entre mutuo, y deposito, aunque sea irregular, debe haver gran distancia; el primero, que lleva por objeto el interès, quedese en la classe de la personalidad, sin especialidad alguna; pero el segundo, aunque no salga de ella, tenga la recomendacion de que fue contrato, que no tuvo otro objeto, que el de la confianza, y seguridad; y assi, el deposito sea de mejor condicion, que el mutuo; sino ay mas caudal que para pagar el deposito, ò la confianza, pierdalo el mutuo, que solo en la figura de las palabras fue deposito.

64. Son tan expressivas las de Ulpiano, tratando de Quiebra de Banco publico con concurrencia de los dos depositos *in dict. leg. Si hominem 7. §. Quoties 2. ff. Deposit.* que no sossiega el animo, sino se copian, ibi: *Quoties foro cedunt nummularij, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est, eorum, qui depositas pecunias habuerunt*. Hasta aqui la relacion de Banco publico, su Quiebra, Concurso, ò ocurrencia de depositos de dinero, y grado preferente à ellos, en comparacion de Acrehedores personales. Pero quiere Ulpiano, que este deposito aya sido ageno de estipulacion de interesses, porque en haviendola, ò en cobrandose, cessò el privilegio de deposito irregular, y por esta razon continùan sus palabras, ibi: *Non quas fænore, apud nummularios, vel cùm nummularijs, vel per ipsos exercebant.*

65. Detesta Ulpiano el dinero, que con respecto à lucro se puso en el Banco, yà se capitule el lucro con el mismo Banquero, para que le pague, yà para que otros le paguen por su intervencion, yà siendo este tenedor de aquel caudal, para darle à reditos à quien le necessitare. Y procediendo en este proprio concepto, dice, que llegandose à vender los bienes de la Quiebra, se tenga presente la preferencia de el Credito de los depositos, si bien que esto ha de ser, no mediando lucro alguno, por contemplacion de el deposito, porque si se pactò, ò despues se recibiò, pierde el deposito su privilegio, y antelacion en comparacion de el acrehedor personal, segun el texto, ibi: *Dummodò eorum,*

qui

qui *VEL POSTEA usuras acceperunt, ratio non habeatur, quasi renunciaverint deposito.* Està bien, que el deposito se constituya sin respecto à usuras; pero si despues se reciben, aunque no se ayan pactado, no se considere el privilegio: *Quasi renunciaverint deposito*, porque como este no permite lucro alguno, lo mismo es recibirle, que destruir su recepcion la naturaleza de el deposito, que se convierte en mutuo, y como *aliud est credere, aliud deponere*, el que quiso celebrar mutuo, ò reducir à èl el deposito por la accepcion de el lucro, aunque no se pactasse, siendo incompatible un contrato con otro, contentese, por haver pactado, ò recibido las usuras, con que sea su contrato de mero mutuo, para quedar igual con los otros Acrehedores personales; pero no imagine, que ha de preferirles en la cobranza, y qualidad de el Credito contra el Banco publico, que se puso en Quiebra, en cuya universalidad el deposito libre de interesses, debe tener preferencia para con los Acrehedores personales hasta su total reintegro, como se previene *in dict. leg. Quod privilegium* 8. *ff. Deposit.*

66. Dictamen comun es este de los Autores, que citan, y siguen Flores de Mena *Var. lib.* 1. *quæst.* 6. *art.* 3. *numer.* 25. Rodrig. *de Privileg. Credit. part.* 1. *artic.* 6. *numer.* 44. *&* 52. Acost. *de Privileg. Creditor. Regul.* 4. *ampliat.* 1. *& seqq. à num.* 4. Molin. *de Iust. & iur. tom.* 2. *tract.* 2. *disput.* 526. *num. fin. & disputat.* 536. *num.* 25. y con bastantes especialidades, que en la mayor parte vàn referidas, el Carden. de Luca *de Credit. discurs.* 25. *per tot.* donde estiende esta doctrina aùn à las Casas particulares de negocios; y en el caso que estas otorguen pagarees, que dice reducirse à especie de deposito, no verificandose el assumpto de lucro, è interesses, que hacen convertir el contrato en rigoroso, y formal mutuo, de que con otros muchos que expende, tratò Ansald. *de Commerc. discurs.* 68. *num.* 32. *&* 33.

67. Con arreglo à esta universal practica de los Tribunales de la Europa, considerando los Acrehedores de la Quiebra de Morales, que en los Efectos de ella no havia fondos suficientes para la satisfaccion de sus Creditos, divididos en tres classes, confianzas, y depositos, sin retribucion de interesses, y de depositos, y otros contratos en que se pactaron; acordaron evaquar la contienda inutil de

de ſu graduacion , y concurriendo à eſto Don Andrès Mogrollo Navarro , Apoderado de el Marquès , que condeſcendiò ſin perjuicio de los derechos de la Ceſsion , hicieron un proprio cuerpo de todos los Creditos de confianzas , y depoſitos libres de intereſſes, que componian la primera, y ſegunda claſſe ; y aplicando à eſte cuerpo ſueldo à libra un 90. por 100. de lo que ſe fueſſe cobrando de dichos Efectos , deſtinaron de ſu voluntad, à beneficio de los Acrehedores de la tercera claſſe, el 10. por 100. reſtante : convènio que deſpues de la primera Executoria ſobre la calidad de la Ceſsion , ſe aprobò por ſu Mageſtad en el año de 1713.

68. Siendo , pues , eſto aſsi , y eſtando confeſſado por el Marquès , que ſu dinero en la Caxa le producia unos honeſtos intereſſes, por las utilidades , que ella tenia en el manejo de ſu s caudales , como ſe ha referido en el num. 20. de eſte Mani fieſto , nadie avrà qne diga , que ſu Credito fue depoſito , ni regular , ni irregular , ſino un mutuo formal : *aliud eſt enim credere , aliud deponere.* Y ſi por ſolo eſte reſpecto el mutuo ſe queda en los meros terminos de Credito perſonal, deſtituìdo de aquella eſpecialidad prelativa , que en comparacion de los Creditos perſonales correſponde à las confianzas, y depoſitos, en que no intervino convencion de uſuras , ni intereſſes , como lo acreditan los aſsientos de los libros , govierno de la Caxa, quien avrà , que niegue la preferencia à los Acrehedores de la primera , y ſegunda claſſe ? Y quien negarà , que el Credito de el Marquès , fue , y es de la tercera?

69. Preſupueſta eſta verdad , que carece de impugnacion, ſe ſigue la inveſtigacion de la Ceſsion, que ſe hizo al Marquès , con demoſtracion de las circunſtancias , que intervinieron en ella. Y para haver de tratar de eſto , ſe hace preciſa la previa reflexa , de que la Ceſsion ſe concibe de dos modos , ò *ſimpliciter*, ò *inſolutum* : aſsi lo explicò D. Olea *de Ceſsion. iur. tit. 7. quæſt. 3. ex num. 2.* el Carden. de Luc. *de Credit. diſcurſ. 27. à num. 7. & diſcurſ. 64. num. 9. 10. 23. & ſeq. & diſcurſ. 65. ferè per tot.* explica la Ceſsion con otros terminos : *pro ſolvendo, pro ſoluto*, aunque todos miran à un proprio fin.

70. Ceſsion *ſimpliciter* , ò *pro ſolvendo* , ſe llama aquella,

 en

en que no ay translacion de dominio succefsivamente à el otorgamiento de ella: Cefsion *in solutum*, ò *pro soluto* se llama, la en que luego al punto se verifica dicha translacion, y para esta diferencia no es de el caso, que la Cefsion provenga de causa onerosa, ò lucrativa, y por punto general, como no se haga constar lo contrario, se entiende la cefsion hecha *simpliciter*, ò *pro solvendo* en el concepto de el señor Olea, y de Luca, *ubi suprà*, con los muchos, que citan. Esta es la razon, porque Guzman *de Eviction. q.* 35. *num.* 89. dice: *Unde si cedens erat debitor cessionarij, & ut sibi satisfaceret, cessit iura contra suum debitorem, non censetur solvisse, nec satisfecisse.* Lo proprio resolviò Scaccia *de Commerc.* §. 2. *Glos.* 5. *num.* 250. dando diferencia entre delegacion, y cefsion. Ceder el deudor à su acrehedor lo que otro le debe, para que se haga pago, no es pagar, ni satisfacer, ni llega el caso, de que en el Cessonario se transfiera el dominio, hasta que se verifica la cobranza de mano de el deudor cesso, porque para este efecto incluye la Cefsion la precisa condicion, ò modo, de que se cobre lo mismo, que se ha cedido, como fundò Scopp. Addition. ad Gracian. *observation.* 13. *num.* 26. *& seq.* en cuyo caso, el que era solo mandato, se convierte en accion propria, como difusamente fundò Cancer. *Var. part.* 2. *cap.* 6. *num.* 183. *cum duob. seqq.* Lo mismo exprefsò Leotard. *de Usur. q.* 39. *num.* 51. donde dice: *Una, est simplex cessio, quæ fit, cum simpliciter mandantur actiones solutionis causa, ut scilicet cedens, facta solutione liberetur, & cessionarius, cui mandatæ sunt actiones, suum consequi possit. Quæ cessio non est loco solutionis, neque vim solutionis habet, sed cedens obligatus manet, donec sequatur exactio: unde periculum nominis est cedentis, non cessionarij.*

71. Mirando, pues, estos actos mas à especie de seguridad à favor de el acrehedor cessonario, que à extincion prompta de su derecho, por no verificarse esta, hasta que llega el caso de hacerse por èl la cobranza; siguese la disputa de la calidad de la Cefsion, que en el año de 1703. hizo Don Geronymo de Zespedes à favor de el Marquès.

72. Que esta Cefsion fuesse *simplex*, ò *pro solvendo*, es indisputable; verdad es, que pudo ser, y con efecto fue, para que el Marquès se reintegrasse de el Credito, que tenia contra la Caxa; pero tambien lo es, que esta Cefsion mas bien fue para seguridad, que para extincion de Credito.

Prue-

73. Pruebase esto lo primero, porque fue correlativa à la Cedula, que en el año de 1702. otorgò Don Gabrièl de Morales à favor de el Marquès, à quien dixo pertenecian los Efectos, que eran proprios de la Quiebra, y en la Cessión se ratificò esta Cedula hasta en cantidad de los 15oȝ932. pesos. Y assi, como sin embargo de la Cedula, cobraba la Caxa, y iba pagando à la parte de el Marquès, que otorgaba las Cartas de Pago, de lo que iba percibiendo, no à favor de los deudores, sì de la Caxa, de la misma forma, segun se lleva referido en el num. 23. de este Manifiesto; despues de otorgada la Cession, no era el Marquès el que cobraba, sino la misma Caxa, calificandose assi, que Cession de esta classe, no fue para extinguir el Credito contra la Caxa, sino para seguridad, y por via de prenda, con la misma simulacion, con que fue otorgada la Cedula.

74. Lo segundo, porque este modo de Cession importò un mandato; y Cessiones que lo importan, son solo *pro solvendo*, no *pro soluto*. Cession *pro solvendo* tiene la especialidad, que và fundada de no causar translacion de dominio, hasta que se verifica la cobranza por mano de el Cessonario, y por esto Leotardo, *ubi suprà*, dice: que el peligro de el nombre cesso, es de cargo de el cedente, y aùn quiza por lo mismo en la Cession de este Pleyto, quedò la Caxa obligada à el saneamiento de las Ditas, y Efectos, que la Cession contuvo; porque como lo principal, à que por entonces se aspiraba, era la seguridad, tratabase solo de un mandato, que se opone à translacion de dominio, aunque sea en causa propria, y onerosa, sino està en el todo liquido el Credito.

75. Muy de notar es para este assumpto la resolucion de Cancer. *dict. part. 2. cap. 6. num. 190. & 191.* à consulta que se le hizo en el año de 1618. que es como se sigue: Cierto Mercader, que era acrehedor à otro en cantidad de 5ȝ. libras, hizo cession de ellas à favor de un Militar, queriendo el cedente, que en virtud de esta cession, el cessonario se hiciesse pago de el alcance, que hacìa al Mercader en sus quentas. El Militar cobrò el importe de la cession, y pocos dias despues fallecio el cedente, dexando muchos bienes, y muchos acrehedores, y sin haver liquidado las quentas con el Militar, que segun la especie, era, sin disputa, acrehedor à los bienes de el difunto. Los acrehedores anteriores

à

à el Militar, pusieron demanda à este, para que restituyesse las 5ᵿ. libras, que yà havia cobrado: defendiase el Militar con que el difunto le avia sido deudor de summas muy considerables, y que con respecto à ellas, y para que se hiciesse pago, le havia hecho la Cession, en cuyos terminos, y en los de haver con efecto cobrado, decia, que los otros Acrehedores no podian tener derecho para la avocatoria, ò revocatoria, de que havian usado: *Ne aliàs commercium impediretur.* Instaban los Acrehedores, que no debian quedar perjudicados, quando el Militar no havia liquidado sus quentas con el Mercader difunto, sobre que se pidiò dictamen à Cancerio.

76. Este, al citado numero 191. resolviò en favor de los Acrehedores, fundandose principalmente en el defecto de voluntad en el cedente, para transferir el dominio en el cessonario: aùn no tuvo por bastante la cobranza, pues faltando el requisito de la liquidacion de las quentas, diò por existentes, y no por consumidas las 5ᵿ. libras cobradas, ni por transferido el dominio de ellas en el cessonario, en el concepto de lo iliquido de el Credito, por no haverse ajustado las quentas; de suerte, que aunque aquella cobranza sirviesse de mayor seguridad al cessonario, no era titulo suficiente, para que adquiriesse perfectamente el dominio. Y fundando los Acrehedores anteriores su intencion, en el Patrimonio de el deudòr, presumiendo existentes en el cessonario las dichas 5ᵿ. libras, tuvo à este solo por mandatario, para la cobranza de ellas, pero no por señor, por faltar lo liquido de su Credito.

77. Son sus palabras: *In proposito contrarium censui, quod pecuniæ exactæ adhuc dicerentur extare, non obstante allegatione consumptionis, & immixtionis, quoniam non fuit de voluntate dicti prioris transferre dominium pecuniæ per dictam assignationem in dictum Cotonèr simpliciter, sed conditionaliter.*

78. Explica à continuacion algo mas esta razon, y añade: *Et hoc casu pecunia censetur esse penès dictum cessonarium, non obstantibus immixtione, & consumptione pecuniæ; & hoc, quia apparet, pecuniam illam, pervenisse ad dictum cessonarium, non uti creditorem certum cèdentis, sed conditionalitèr, sine ullo partium præiudicio, casu quo esset; & dum conditio non verificatur, censetur fuisse pecunia pènes dictum cessonarium loco pignoris.* Tan prolixas, como esto son las Cessiones, para efecto de la translacion de el dominio, que es el

el complemento de ellas; y como en este caso mediaba el perjuicio de aquellos Acrehedores de mejor derecho, que clamaban, aunque el Comercio sea tan privilegiado, y aunque el Militar havia cobrado, y era ciertamente Acrehedor, no resolviò Cancerio à su favor, conceptuando, que todo lo que se hizo en virtud de la Cessión, fue por contemplacion à la seguridad de el cessonario, pero no por otra causa: caso bien singular para el que se litiga.

79. No es duro de conocer en el presente el efecto, que resulte de la consideracion, de que haviendo sido la Cessión de Don Geronymo de Zespedes en favor de el Marquès solo *pro solvendo*, no huviesse havido, por virtud de ella, prompta translacion de dominio en las Ditas, y Efectos, que contuvo, que *ad summum* no se pudo verificar hasta la efectiva cobranza, consistiendo antes de ella en un mero mandato.

80. En el presupuesto de lo que yà sobre este particular se lleva fundado, es evidente su demostracion, porque Don Gabrièl de Morales dispuso en el año de 1702. la Cedula, en que declarò, aunque suposíticiamente, que aquellos Efectos tocaban al Marquès: en Abril de el año de 703. se otorgò la Cessión con ratihabicion parcial de dicha Cedula: en Septiembre de el de 1704. se hizo la formal dimissión de la Caxa, y sus Efectos, haciendose judicialmente patente desde entonces la decoccion, ò quiebra de ella, de cuyo sequestro resultò el de los mas de los Efectos, que havia comprehendido la Cessión, que empezaron à impugnar los Acrehedores en el año de 1706.

81. Segun esto, nadie havrà, que no diga, que en aquellos Efectos de la Cessión, que se hallaron existentes à el tiempo de los embargos, que en el año de 1704. resultaron de la dimissión, conservaba por entonces el dominio la misma Caxa, porque si su translacion debe resultar en la Cessión *pro solvendo*, como esta lo fue, de el acto de la efectiva exaccion, y cobranza, no verificandose esta circunstancia en lo que existia al tiempo de los embargos, se sigue con precissión, que en lo assi existente de dicha Cessión, conservaba la Caxa el dominio, que no estando en el Cessonario desde su otorgamiento, no pudiendo, ni debiendo estàr *in pendenti*, de necessidad havia de estàr en ella.

82. Corrobora el assumpto una legal consideracion, funda-

da, en que la Cession *pro solvendo*, como lo fue la de este Pleyto, porque assi se presume *in dubio*, y porque assi lo denotan sus circunstancias, solo es productiva de un mandato, sin otra especialidad, que la de aquella aptitud de transferir el dominio en el cessonario, para en caso de verificarse la exaccion, y cobranza; es assi, que por la decoccion, ò quiebra de el mandante, espira *incontinenti* el mandato, como nadie ignora, y es assumpto entre los practicos, en el de las Letras de Cambio, su aceptacion, y paga: punto que tratò el Carden. de Luc. *de Camb. discurs.* 25. *per tot.* luego por el mero hecho de haver espirado por la decoccion de la Caxa aquel mandato, que contuvo la Cession en favor de el Marquès, se debe decir, que todos los Efectos, parte de la Cession, que comprehendiò el sequestro, que consigo traxo la decoccion de la Caxa, quedaron sin disputa sujetos à el Juicio universal, à que debieron concurrir todos los Acrehedores, para que se graduassen en ellos con reglamento à sus antelaciones.

83. La solidèz de este fundamento, que manifiesta el concepto de la primitiva Executoria de el Consejo, que hizo distincion entre Efectos cobrados, y existentes, dexando estos expuestos à las resultas de la revocatoria, para en caso de el uso de ella, con el remedio prevenido de la fianza, quando no hizo aprecio de los otros, que yà estaban cobrados, en que se havia llegado à verificar la translacion de el dominio; por el mero hecho de su cobranza, està persuadiendo, que quando no huviesse la mencionada Executoria, no podria ser en otros terminos, que los que se incluyen en ella.

84. Sin desmayar los Diputados en tan sòlida defensa, passan à otra, con que se manifiesta haver claudicado la Cession por causa de el tiempo, en que fue el otorgamiento de ella. No ay duda, en que este fue por Abril de el año de 1703. tiempo en que yà la Caxa estaba bastantemente opresa con los muchos Creditos, que contra sì tenia.

85. Esto se comprueba aùn con lo mismo, que el Marquès havia practicado desde Septiembre de el año de 702. con Don Gabrièl de Morales, quien dexò escrito de su puño en la cubierta, donde incluyò copia de la Cedula, que havia hecho en favor de el Marquès: que ostigado de sus muchas instancias, aùn no estando cumplido el plazo de las obligaciones, se

se havia visto en la precision de executar lo que executò!

86. Nota es esta, que mudamente està informando dos cosas: La una, el sobresalto, con que anhelaba el Marquès para assegurar su Credito; y la otra, que porque no decayesse mas apriessa el suyo, no hallò Don Gabrièl de Morales otro arbitrio para sossegar al Marquès, que hacer con la Cedula lo que era incierto, como el mismo tiempo lo acreditò; suponiendo, que siendo su Credito de 200ʊ. pesos, consistia en 214ʊ. y que eran de el Marquès Efectos, que eran proprios de la Caxa, deformidad, en que no huviera incurrido Don Gabrièl de Morales, à no hallarse con la gravissima opresion del fatal estado de su Caxa; es assi, que esto fue siete meses antes, que se otorgasse la Cession por Don Geronymo de Zespedes, muerto yà Morales; luego si viviendo este, la Caxa se hallaba en tan notable conflicto, que confiessa agenos los Efectos, que eran proprios, con el exhorbitante excesso de una cantidad à otra; con mayor razon se avrà de decir, que era, y fue mas fatal su estado, quando la Cession se otorgò.

87. Antes de el otorgamiento de dicha Cession, se observa acto, que persuade tan vehementemente la fatalidad de los fondos de la Caxa, que no dexa duda alguna su certeza à la misma razon natural. Muere Don Gabrièl de Morales; y su Caxa, que havia sido el Tesoro de Sevilla, ò por mejor decir, el Tesoro de el Comercio de Mar, y Tierra, la confianza de los Tribunales, y el seguro de las Obras-Pias, Iglesias, y Monasterios, y de las mas sèrias, y escrupulosas Comunidades, llega à tan deplorables terminos, que no ay en sus Arcas para costèar el Funeral de el principal Compañero, que lo era dicho Morales, ni para ocurrir à los demàs gastos, que ocasionò esta novedad.

88. Para evaquar esto, se valieron los otros Compañeros de la Caxa, de el favor de Don Ramòn de Torrezar, vecino de Sevilla, y uno de los principales individuos de su Comercio, principalmente maritimo. Este prestò à la Caxa 11ʊ. pesos, pero assegurandose con el derecho de prenda de 693. quintales, 41. libras, y 10. onzas de cera blanca, que la Caxa puso en su poder, como consta de los Autos.

89. Circunstancia es esta, que indubitablemente acredita dos cosas: la una, el rezelo, que de hacer el prestamo

à

à la Caxa tuvo; el que la tenia tan fondeada, que por lo mismo no quiso exponerse à perder lo que daba, por lo qual buscò el seguro, que afianzasse el mutuo; y la otra, que un Banco publico, que con tantos Creditos havia procedido, por dilatado tiempo, en toda Europa, estuviesse tan exausto de dinero en contado en sus Caxas, que para una cantidad tan corta, como la de 11ʉ. pesos para fondos de tanta substancia, como la que correspondia à su gran Comercio, fuesse necessario dàr en empeño à dicho Don Ramòn de Torrezar, la porcion de Cera referida: prueba la mas veridica, que puede haver, para acreditar el deplorable estado, en que se hallaba aquel Banco por entonces: Y si esto fue al tiempo de la muerte de el principal Compañero, què serìa despues, y al tiempo, en que fue otorgada la Cession?

90. Tiene esto contra sì el transcurso de los 17. meses, que corrieron de el otorgamiento de la Cession, à la dimission de los Efectos, de que se componia la Caxa; y como por la *ley 7. tit. 19. lib. 5. Recop.* estè prefinido el tiempo de los seis meses proximos antes de la decoccion, para que lo executado en ellos se entienda comprehendido en la Quiebra, parece, que lo executado antes de ellos està exceptuado de proximidad à la decoccion, que es la que anula semejantes actos.

91. Sin embargo de lo qual, debe tenerse presente, que la Ley de el Reyno no perjudica en este caso; para que se nota, que todo aquello, que se executa con proximidad à la Quiebra, debe reputarse como hecho en ella. Qual sea tiempo proximo à la decoccion, pende de el prudente arbitrio de el que hà de juzgar, que teniendo presentes las circunstancias de el decocto, entidad de los fondos, con que giraba su Comercio, y gravamenes, à que le tenia afecto, examine con reflexion para con unos deudores con mucho mas tiempo, que para con otros.

92. Fundalo assi Carlev. *de Judic. tit. 3. disp. 6. num. 34.* donde despues de haver referido al num. 33. la citada Ley de el Reyno, dice, que ha de juzgarse esto por el prudente arbitrio de el Juez, *si res ex jure communi decidenda sit.* Explica esto con mas propriedad el Cardenal de Luca, *de Camb. dict. discurs. 25.* con el motivo de el tercero caso, que expone en as-

aſſumpto de Letras de Cambio, deſde el numero 7. donde al 8. eſpecifica los medios, por donde con lentitud ſe và conociendo, y manifeſtando la Quiebra, que eſtaba oculta en el hombre de negocios, y deſpues de hacerſe el cargo de la diferencia, que debe haver entre proximidad de decoccion, para pagar Letras de Cambio yà acceptadas, y entre la que ſe dirige à una univerſal Quiebra, y que en lo que mira à la paga de Letras de Cambio, ſe ha de proceder con mayor eſtrechèz, que en otro caſo: reſuelve en el num. 10. con eſtas palabras: *Sed juxta generalem rerum conjecturalium naturam, & qualitatem totum reſidet in judicis prudentis arbitrio ex facti qualitate, ſingulorumque caſuum particularibus circunſtantijs regulando, adeo ut quandoque etiam per menſes, immò etiam per annum antea, dici valeat, quis decocturus, & contrahens in fraudem.*

93. Concluye Luca el numero, trayendo para eſto el eſtatuto de Bononia, govierno de ſus Mercaderes, de que tratò en lo de *Credit. diſc.* 10. *per tot.* ſobre que entre los Acrehedores de los quatro años proximos à la verificacion de la Quiebra, no ſe permite preferencia alguna, aunque unos ſean hypothecarios, y otros chirographarios, para que todos ſe admitan à prorrata, y en un proprio lugar, ſin rieſgo de la decoccion, ni de la proximidad à ella: lo miſmo repite *dict. diſc.* 10. *num.* 23.

94. No ſe opone à eſto la citada Ley de el Reyno, porque, aunque prefina los ſeis meſes proximos à la Quiebra, es ſu reſolucion para diverſo caſo de el que ſe juzga. Promulgòſe eſta Ley, à fin de que ſe contuvieſſe con el mayor rigor la deteſtable malicia de los que ſe alzan con la hacienda agena; y entre los caſos, que ſe refieren comprobantes de el alzamiento, es uno el de tomar mercaderìas à el fiado, ò dineros preſtados dentro de los ſeis meſes proximos à la Quiebra.

95. Las palabras de la Ley ſon eſtas: *Y aſsimiſmo ſean habidos, y juzgados por alzados, è incurran en las dichas penas, ſi ſe les probare haver tomado algunas mercaderìas fiadas, ò preſtadas, ò dineros preſtados, ò à cambio, ſeis meſes antes, que quebraren, ò faltaren de ſus Creditos.*

96. Trataſe en eſte caſo de practicar el rigor de lo penal de la Ley, y por eſſo ſe circunſcrive al termino de los ſeis meſes, porque procediendo el Legislador en el concepto, de que una vez que el hombre de negocios pidiò dineros

prestados, ò tomò generos al fiado dentro de los seis meses, en que yà havia decaido de su Credito, y Comercio, no podia dexar de hacer esto dolosamente, y en fuerza de esta presumpcion, que graduò la Ley por *Juris*, *& de jure*, fundada en el mal estado antecedente de su Comercio, se tiene, y trata como publico robadòr; pero esto no se opone, à que en la consideracion Civil, destituida de toda criminalidad, el tiempo anterior à el de los seis meses, se estime, aunque sea dilatado, por proximo à la decoccion. Y assi, siempre ha de quedar el assumpto de proximidad al prudente arbitrio de el que ha de juzgar, como sin embargo de la Ley de el Reyno, lo funda Valeron *de Transact. tit. 4. q. 8. num. final.*

97. La razon de esta diferencia consiste, en que quando se le impone la pena de alzado, se trata en comun de el beneficio de la causa publica; pero quando sin esta imposicion de pena se estiende el tiempo à mas de los seis meses, se trata en particular de el beneficio de aquellos Acrehedores de mejor derecho, à quienes no puede, ni debe perjudicar la precaucion, y anticipacion de el acrehedor posterior, à quien gratificò el deudòr, quizà involuntariamente, por redimir las vexaciones, con que suele ser amenazado de las diligencias judiciales, que procura evitar, anhelando à la duracion, y conservacion de su Comercio.

98. Por esta causa, sin prefinicion de tiempo, dice el Cardenal de Luca, *de Credit. discurs. 52. num. 7.* que la avocatoria por el acrehedor anterior contra el posterior, solo no tiene lugar, quando estando el deudòr constituido en buen estado, acerca de la integridad de su Comercio, y teniendo desembarazada, y libre la Administracion de el Caudal, paga à acrehedor legitimo, *adeo ut nulla concurrat fraus, vel collusio*; no se explicò en esto por disyuntivas, sino por copulativas de buen estado, libertad en la Administracion, y fuera de todo fraude, y collusion, para que subsista la solucion hecha: circunstancias, que no se pueden verificar en el caso de este Pleyto.

99. Y pues se trata de la avocatoria, ò revocatoria, que compete al acrehedor de mejor derecho, se explicarà en este lugar, por lo que conduce su assumpto à beneficio de los Diputados de la Quiebra en la pretension, de que se reforme la Sentencia de Vista.

100. Dos son las decissiones, en que principalmante el

Derecho comun propone los requiſitos de la avocatoria à beneficio de el Fiſco, preſcindiendo de las reglas generales, que previenen el modo de revocar, ò invalidar lo hecho *in fraudem creditorum.* Eſtas ſe hallan *in leg. Deferre, §. ultimo, ff. de Iur. fiſc. leg. pecunia. Cod. de Privileg. fiſc.* Derecho preeminente en el Fiſco: acrehedor inferior en grado, ſatisfecho de ſu Credito con el caudal de el deudor comun: conſumido con buena fee el dinero, que aſsi ſe pagò, cuya conſumpcion ſe verifica por el mero hecho de mezclarſe eſte dinero con el de el acrehedor, que lo cobrò: dudaſe, ſi en eſtos terminos competa al Fiſco la avocatoria, al menos por la condiccion *ex lege*; y ſin embargo de ſu no exiſtencia, ſe reſuelve, que al Fiſco compete el privilegio de la avocatoria.

101. Con eſte motivo, dudoſe antiguamente, ſi el privilegio, que competia al Fiſco, compitieſſe à qualquiera otro acrehedor privilegiado, en comparacion de el que no lo era; y ſin embargo de que hacia fuerza la conſideracion, de que en linea de perjuicio, el miſmo era el que experimentaba el acrehedor, que el que podia verificarſe contra el Fiſco, ſe tuvo preſente lo mas comun, y frequente de los Acrehedores, que el mundo ſe involucraba en litigios, y que el Comercio publico ſe exponia à continuados ſobreſaltos; por cuyas razones, temperandoſe el rigor de las Leyes, y buſcandoſe ſolo la equidad, ſe reſolviò en los Tribunales de la Europa, de que eſtàn llenos los libros, que conſtando de buena fee, y no haviendo proximidad à la decoccion de el deudor, que pagò, y no eſtando exiſtente el dinero pagado, no pueda el acrehedor, por privilegiado que ſea, uſar de la avocatoria contra el poſterior. Digalo por todos, con las miſmas razones que vàn propueſtas, el Carden. de Luc. *de Credit. diſc. 16. num. 7. diſcurſ. 17. num. 15. & diſcurſ. 52. num. 3.*

102. Mucho ſe deſvelan los Autores, por la variedad de caſos, y circunſtancias, en dàr punto fixo à las que han de concurrir en el acrehedor particular de mejor derecho, para que tenga lugar la avocatoria contra el dinero, ò Efecto exiſtente, pues unos quieren, que aya de ſer hypothecario; otros, que con la razon de hypotheca concurra la de eſpecial privilegio en el Credito; otros no ſe contentan con el privilegio, faltando la hypotheca; otros reſuelven, que haviendo eſta, aunque falte aquel, es lo baſtante para

el

el uso de la avocatoria: de que son de vèr D. Covarr. *Practic. cap.* 29. Flores de Mena *Var. lib.* 1. *quæst.* 6. *per tot.* con otros muchos modernos Regnicolas, y exteros.

103. Pero en el conflicto de estas opiniones, se procede con regularidad en quanto à que entre Acrehedores personales no ay, ni puede haver semejante privilegio de avocatoria; porque siendo todos iguales, no ay otra consideracion, que la de la mas, ò menos diligencia, que no toque en especie de gratificacion de parte de el deudor, ni en sombra de coaccion, ò repetidas instancias de parte de el acrehedor, que por assegurarse, procura anticipar las diligencias.

104. Doctrina es esta, que por regla general establece Fontanell. *de Pact. nuptial, tom.* 2. *claus.* 5. *Gloss.* 8. *part.* 6. *numer.* 28. donde dice: *Annotamus ergo primo, ut certa ab incertis separemus, quod hæc quæstio non cadit in creditoribus personalibus, idest, in habentibus solàm personalem actionem absque hypotheca aliqua: in eis enim regula est certissima, & in praxi multum observata, quod quando multi sunt creditores unius debitoris, tunc ille, cui primò solvitur, potior est in iure.*

105. Pero no se ha de entender como suena, porque en esta forma no tendria lugar en el caso de el Pleyto, en que Acrehedores, que no salen de la classe de personales, usan de la avocatoria: todo acrehedor personal destituido de antelacion, no pueda usar de dicho remedio, porque entonces, el que intenta, y aquel contra quien se intenta, es de una misma classe; y en caso de que unos, y otros estuviessen por pagar, concurririan à prorrata, y no avria diferencia entre ellos: todos serian iguales, pero quando siendo unos, y otros personales, en algunos de ellos reluce la consideracion de algun privilegio de antelacion dentro de la linea de Credito personal, esta es muy suficiente, para que tenga lugar la avocatoria.

106. Dictamen es este de el señor Gregorio Lopez *in leg.* 9. *tit.* 15. *partit.* 5. *Gloss.* 3. verb. *que torne*, donde expendiendo la ley, que deniega la avocatoria à los Acrehedores, que la intentan contra el Acrehedor, que llegò à cobrar, dice: *Limita, & intellige, nisi alij creditores essent magis privilegiati*: està bien, dice el señor Gregorio Lopez, que de acrehedor personal al que tambien lo es, no aya medio para la avocatoria, pero esto ha de ser, quando el que intenta usar de ella, no sea acrehedor mas privilegiado en aquella propria linea de personalidad, que

comprehende unos, y otros Creditos; porque siendo assi, es innegable este beneficio.

107. Del proprio sentir, aunque con mayor arrogancia, por la impugnacion, que hace al señor Covarrubias, que en esto contradixo à Capicio Latro, *decis.* 78. fue Pedro Barb. *in leg.* 1. *part.* 6. *n.* 22. *&* 23. *de solut. matrimon.* donde dice: *Ex quo patet, labi* Covarrub. *Practic. qq. cap.* 29. *n.* 2. *dùm carpit* Antonium Capicium, *decis.* 78. *n.* 5. *&* 6. *tenentem, dict. leg. pecunia procedere etiam in creditore privilegiato inter personales, quod* Covarrub. *dicit, esse contra mentem omnium: Nam verius est, id quod Capicius dicit, esse secundùm omnium mentem, ut constat ex suprà traditis.* En esta propria forma, siguiendo à Pedro Barbos. explicò Fontanell. *ubi sup.* la doctrina de su num. 28. en el 30. vers. *Sed tu vide*: con que, aunque los Acrehedores de la primera, y segunda classe de la Quiebra sean personales, como lo es el Marquès de Castro-Monte, estando afianzados en esta linea con el privilegio de antelacion, por no haver usado del medio de los interesses, que contuvo el mutuo del Marquès, no ay duda, en que podràn usar de la avocatoria, sin embargo de carecer de hypotheca.

108. Evaquado este reparo, buelve la consideracion à la practica de la avocatoria. Y en el presupuesto de la existencia, que debe tener la cosa, contra la qual se emprehende, dice Fontan. *dict. Gloss.* 8. *n.* 37. que el caso de la existencia del dinero, que cobrò el acrehedor posterior, es en su concepto como metaphisico: *Quia vix succedit semel in vita, casus, in quo possit primus creditor apprehendere pecuniam secundo, & posteriori solutam, quę verè dici valeat extans*; por cuya razon viene à recaer en el punto de Cessiones; y como estas no digan solucion con precission, por lo que se lleva fundado desde el num. 70. de este Manifiesto, si llegò el caso à terminos de que quando se quiere practicar la avocatoria, està por cobrar lo que contuvo la Cession, entonces tiene lugar, sin otro motivo, que la falta de caudal en el deudor, de cuya excusion debe constar, no siendo para esto del caso, que la Cession se hiciesse en tiempo de decoccion, ò en el proximo à ella, porque en las Cessiones de esta calidad no se hace distincion entre lo cobrado, y existente, presumiendose estarlo todo, pues aunque parezca no existir el dinero, que se llegò à cobrar, como esta cobranza se conceptùa por de mala fee, por el fatàl estado de el deudor, este mismo dolo presume existente, aùn lo que no lo està!

109. Con este motivo se hace cargo Fontanell. *dict. Gloss.* 8. *num. fin.* de dos Executorias de la Audiencia de Barcelona, en casos, que en ella se ventilaron de los años de 1609. y 1610. El de el

año de 1609. es tan proprio del de este Pleyto, que en nada discrepa el uno del otro, sino es en el modo, con que ambos se subs tanciaron. El que refiere Fontanell. se reduce, à que en dicho año de 1609. cierto deudor, que estaba complicado con muchos Acrehedores, hizo Cesion à favor de Nuño Juan Sorribes, uno de sus Acrehedores, en pago de su Credito: quebrò despues el cedente, y no haviendo cobrado el cessonario, solicitaron los demàs Acrehedores, que contra sì tenia el cedente, que la cantidad de la Cesion, que estaba por cobrar, se recaudasse, y depositasse en un Banco publico à reserva del derecho, y antelacion de los Acrehedores: hizose con efecto el deposito, y despues se tratò de la impugnacion, ò subsistencia de la Cesion, que impugnaban los Acrehedores de mejor derecho, por no haver caudales para el pago de sus Creditos, y con el motivo de que estando por cobrar la cantidad de la Cesion, debia entenderse existente en el Patrimonio del deudor, en cuyo caso tenia lugar la avocatoria. Por el contrario, el cessonario decia, haver sido aquella Cesion, para en pago de su Credito, lo qual era bastante, para que no se entendiesse existente el importe de ella.

110. Con estas alegaciones, que distan muy mucho de decoccion, ò proximidad à ella, pues una cosa es, que la decoccion motivasse el uso de la avocatoria, otra, que en ella se fundassen los Acrehedores, por la falta de caudales, para su paga, se vieron los Autos, en los que se pronunciò Sentencia de Vista, por la qual se declarò no haver lugar la avocatoria contra la cantidad de la Cesion, que no se havia cobrado; y el motivo de esta resolucion lo expressa el Autor: *Habita enim fuit illa pecunia pro consumpta, & non extanti, PROPTER CESSIONEM ILLAM*: Porque estaba cedida, se diò la cantidad por no existente en el Patrimonio del deudor.

111. Suplicaron los Acrehedores de esta Sentencia, tratando de hacer constar, que en la disposicion de Derecho no se debia tener por consumpto, y no existente el importe de la Cesion, solo por la consideracion de que la huviesse havido, y en revista se reformò la Sentencia de Vista; y declarandose por existente lo que no se havia cobrado, se mandò distribuir entre los otros Acrehedores de mejor derecho, lo que se havia depositado en el Banco publico, despues de impugnada la Cesion, que no importa solucion, aunque sea hecha *solutionis causa*.

112. Si este caso es, ò no, el mismo, que se està litigando, digalo el Processo, pues no ay en èl otra disonancia, que el deposito, que se hizo, despues de la impugnacion de la Cesion; y

aunque los Diputados de la parte de la Quiebra, no previnieron esta diligencia, succesivamente à la impugnacion de la Cessión, hecha en favor de el Marques de Castro-Monte; sin embargo el Consejo, previendo el inconveniente de el atrasso en la cobranza, habilitò al Marquès para ella, baxo de el gravamen de la fianza, para en caso de que se usasse de la avocatoria, ò revocatoria: prevencion, que en dictamen de los Autores hace tan existente el dinero, que se debe presumir no cobrado, ò al menos no consumpto, à beneficio de los Acrehedores de mejor derecho.

113. La otra Executoria de el caso de el año de 1610. fue en favor de el Cessonario; que aunque perdiò por la Sentencia de Vista, obtuvo por la de Revista, por los motivos, que Fontanell. refiere: *Sub die 27. Aprilis 1613. fuit sententia prædicta commutata, declarando, non esse in casu occurrenti locum avocationi, ex eo, quod dictus llaudes* (este era el Cessonario) *pecuniam prædictam receperat, & consumpserat ex causa onerosa.* Tuvose presente en la instancia de Revista, no solo la Cessión, sino que haviendo esta sido por causa onerosa, y haviendo cobrado, y consumido el dinero, no havia materia preexistente, en que pudiesse consistir la avocatoria, que se havia estimado por la Sentencia de Vista, por cuya razon se reformò por la de Revista: y si esto sucediò en aquellas Executorias, no esperan menos para en esta los Diputados de los Acrehedores de la Quiebra, que haviendo hecho constar la insolvencia de ella, no tienen efectos de que cobrar, al mismo tiempo, que el Marquès con Credito de inferior condicion, quiere quedar tan reintegrado, que no se le falte en un apice à el suyo, aunque lo padezcan las viudas, aunque lo lloren los menores, y aunque falten los sufragios de las Almas de el Purgatorio, en la pèrdida de sus Capitales, y Caudales depositados, sin respecto à lucro alguno.

124. De la certeza de la insolvencia en la Caxa, no se puede dudar, teniendose consideracion à lo que resulta de la Certificacion de el Contador de la Quiebra de 19. de Noviembre de el año de 1734. que empieza al num. 181. de el Memorial Ajustado, en que à la pag. 35. se halla el resumen de todo lo que corresponde à los fondos, que la Caxa tenia al tiempo de la dimission, lo que se ha considerado, y considera falido, con lo demàs conducente al gran descubierto, en que se hallan los Creditos de la primera, y segunda classe.

115. Y en el presupuesto de ser la avocatoria remedio subsidiario, que requiere la excussion, no solo se halla verificada esta por el mero hecho de la Dimission, y Quiebra, con que in-

trin-

trincado el Patrimonio de el deudòr comun, se dice en el concepto de los Autores haver cumplido, el que debia hacerla, sino que con las diligencias hasta aqui practicadas, para el cobro de los Efectos, tocantes à dicha Quiebra, se hallan los Acrehedores de la primera, y segunda classe de ella, sin la mas tenue probabilidad, para conseguir el pago de sus Creditos en dichos Efectos; circunstancia, que para el intento de la avocatoria, incluye el medio mas estrecho, que propuso Marinis. *Resolution. Juris lib. 1. cap. 71. num. 14.*

116. De lo discurrido hasta aqui, se evidencia no solo la justificacion, que contuvo la primitiva Executoria del Consejo, circunscripta à los Efectos de la Cessión, que al tiempo de su impugnacion estaban existentes, sino que quando no huviesse semejante Executoria, no podrìa ser la providencia en otros terminos, que los que se contienen en ella; yà sea por haverse hecho dicha Cession en tiempo de fatal estado, con proximidad à la decoccion; yà porque estando existentes Efectos de la Cession, es de practicar en ellos el remedio de la avocatoria, por la falta de consumpcion, que produce la commixtion de aquel dinero, que fue de el deudòr, con el de el acrehedor, para que en la diferencia entre lo extante, y consumpto, se dè la que corresponda à las Executorias de Fontanell, que vàn referidas, y à las doctrinas, en que tiene lugar la avocatoria, assi para con lo existente, como para con lo consumpto, de que es bien particular la de Geronymo Palma el menor, *allegation. tom. 1. allegat. 75. num. fin.* donde hace distincion entre Cession hecha en la decoccion, ò en el tiempo proximo à ella, y anteriormente, no haviendo caudal para pagar à los Acrehedores de mejor derecho.

117. En este sentido esperan los Diputados de los Acrehedores de la Quiebra, que se reforme la Sentencia de Vista, y que se condene à la Testamentarìa de el Marquès de Castro-Monte à la restitucion de todo lo cobrado de la Cession, despues de la Fianza, que otorgò, en conformidad de la Executoria de el Consejo. S. S. I. O. T. U. S. D. C. Madrid, y Mayo 19. de 1736.

Lic. D. Juan Antonio de Albalà Iñigo.

Doct. D. Juan Josepf Ortiz de Amaya.